

CAPÍTULO XXXI

METAMÓRFOSIS DEL DERECHO ROMANO
DURANTE LA SEGUNDA VIDA

132. UN CATÁLOGO MUY PROVISIONAL

COMPARANDO AHORA el panorama de lo que se calificaba generalmente como “derecho romano” en el momento de las codificaciones, con la base recibida de Justiniano, vemos que mucho ha cambiado. En las próximas páginas no trataremos de ofrecer un catálogo aproximadamente completo de los múltiples cambios, ni tampoco de señalar los momentos críticos y de aceleración en el camino de la situación justiniana hacia la que existió en vísperas de las sendas codificaciones. Este tópico, que, desde luego, muestra a menudo perfiles distintos según los diversos países o regiones.

He vacilado un momento si realmente debería añadirlo; pero decidí, finalmente, que este catálogo tendría una doble utilidad: ayudar a convencer al lector de la importancia de lo que sucedió durante esta “segunda vida” y de la necesidad de tomarla en cuenta en nuestros estudios romanistas y jurídico-históricos. Y, además, quizás formar un punto de partida para una investigación más amplia y completa que, eventualmente, alguno —¡alguna!— de mis colegas podría emprender, más tarde, aprovechando, por ejemplo, uno de esos años sabáticos que nuestra Universidad nos otorga tan generosamente.

Trataré de limitarme, en lo siguiente, a lo iusromanista, aunque a menudo es difícil separarlo de los desarrollos canónicos, por razones que el lector ya conoce de sobra. También me limitaré al derecho privado, pero en sentido romano (o sea, incluyendo el derecho procesal).

133. CONTINUACIÓN DE TENDENCIAS PRESENTES EN LA PRIMERA VIDA

En varios casos, la segunda vida continúa tendencias que ya estuvieron en marcha durante la primera. Ejemplos:

Se reduce la duración y la intensidad de la patria potestad justiniana.

Se mejora la posición de la madre supérstite en relación con la tutela de los hijos (inclusive si el marido había dispuesto en forma distinta sobre la tutela por testamento) en contra de D.25.2.1, D.26.7.40, C.5.28.4.

Se completa la equiparación de *agnatio* y *cognatio*, ya casi terminada en el *Corpus Iuris*.

Con ayuda del iusnaturalismo, se combate la formalidad en la contratación, acercándose al principio de que *pacta sunt servanda*, inclusive si se trata de *pacta nuda*, desarrollo impulsado por los juristas medievales, sobre todo los canonistas¹ y luego por la Segunda Escolástica (Molina, Lessius, de Soto) a través de la cual la regla de que todos los pactos tengan potencialmente consecuencias procesales, encuentra su lugar en el segundo de los tres libros *De iure belli ac pacis* de Grocio.

Se crea una representación directa, nacida de *consensus*, continuando con ayuda del derecho canónico² y finalmente en alianza con el iusnaturalismo, una línea que de tiempos clásicos llega a Justiniano, sin que éste haya terminado este desarrollo.³

Continuando igualmente una línea que podemos observar durante la primera vida del derecho romano, se acerca la cesión de créditos más hacia la venta de cosas, haciendo innecesario el recurso a la *procuratio in rem suam*.

Se quita a la *stipulatio* su carácter formal, acercándolo más a una simple promesa y dando más importancia a la eventual documentación respectiva.

Se desarrolla más tolerancia para con la *stipulatio alteri*, desde los Glosadores —sobre todo Martinus Gosia, apoyándose en D.19.1.13.25, donde piensa encontrar *aequitas scripta* —hasta Grocio y otros iusnaturalistas.⁴

Se introduce más seguridad jurídica en la compraventa, reglamentando sobre fundamentos romanos, pero con más detalle, la responsabilidad

¹ La obra de Lothar Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nördlingen, 1881; es importante al respecto, pero difícil de localizar (el Inst. Max Planck, Francfort del Main, tiene un ej.). Subraya el impacto del derecho canónico y del iusnaturalismo para esta transformación esencial del sistema justiniano.

² *Regulac iuris* 68 y 72 en el último título del *Liber Sextus*.

³ Ulrich Mueller, *Die Entwicklung der dir. Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart-Berlin-Colonia-Maguncia, 1969; S. Riccobono, "Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano", 14 *Annali del Sem. Giur. di Palermo* (1930), pp. 389-447.

⁴ Ulrich Mueller, *op. cit.*; Gerhard Wesenberg, *Vertraege zugunsten Dritter*, Weimar, 1949 y en *Festschrift Schulz II* (1951), p. 264 y ss.

del vendedor por vicios ocultos, y tratando de sistematizar los diversos vicios físicos de la cosa vendida, para delimitar los campos de la *actio redhibitoria* y la *actio quanto minoris*. El UMP⁵ ha estado activo al respecto (mejorando en general la posición del vendedor en relación con vicios ocultos).⁶ Se extiende la *laesio enormis* hacia una protección del comprador, y se aplica su principio inclusive fuera del campo de la compraventa. Con apoyo en la canonística y el iusnaturalismo, se defiende la idea de que, en la compraventa y otros contratos traslativos, el consentimiento basta para el traslado del dominio, sin necesidad de la *traditio*. Por otra parte, el duro principio romano de que la compraventa rompe el arrendamiento, recibe suavizaciones a favor del inquilino,⁷ sin convertirse todavía en forma completa, en la moderna regla contraria al principio justiniano (sin embargo, en aquella mezcla que fue el derecho romano-holandés, ya se rechazó de plano dicho principio romano).

Se añade al campo ya cubierto en tiempos justinianos por la *actio legis Aquiliae utilis*, el daño causado directamente al patrimonio, y la indemnización por dolor (desde el siglo xvi —inclusive por dolor en el alma—), abriendo así una puerta por la que, en combinación con ideas derivadas de la *actio iniuriarum* y con ayuda de Donellus y del iusnaturalismo (desde Althusius hasta Christian Wolff), entraría el moderno derecho protector de la personalidad.⁸

En relación con la culpa aquiliana, en el iusnaturalismo (Christian Wolff) y a fines de la Pandectística (Johann Friedrich Mommsen⁹ y Wendt) se prepara el camino desde D.50.17.203¹⁰ hacia una reducción de la indemnización por culpa concurrente de la víctima (que viene en lugar de una negación de todo derecho a indemnización si hay algo de culpa del lado de la víctima).¹¹ Sobre todo en la fase final de la Pandec-

⁵ Strykius, en primera línea.

⁶ Véase Norbert Burke, *Einschraenkungen der aedilizischen Rechtsbehelfe beim Kauf, von Rezeption bis Gegenwart*, Dis., Muenster, 1967 y W.-J. Klempf, *Die Grundlagen der Sachmangelhaftung des Verkaeufers im Vernunftrecht und Usus modernus*, Stuttgart-Berlin-Colonia-Maguncia, 1967); también Hermann Dilcher, *Die Theorie der Leistungsstoerungen by Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Francfort del Main, 1960.

⁷ Kreller, pp. 358-359.

⁸ Manfred Herrman, *Der Schutz der Persoenlichkeit in der Rechtslehre des 16. bis 18. Jahrhundert*, Stuttgart-Berlin-Colonia-Maguncia, 1968.

⁹ Es éste el ahora poco conocido, pero sólido y erudito hermano de Teodoro Mommsen; su fama sufrió algo por el brillo de su hermano, pero se lo recuerda, sobre todo, por sus *Beitraege zum Obligationenrecht*, 3 vol., Braunschweig, 1853/5.

¹⁰ Cf. *Liber Sextus* V.12, *Regula* 86.

¹¹ Th. Honsell, *Quotenteilung im Schadenersatzrecht*, Ebelbasch, 1977; véase también Klaus Luig, *Ius Commune III*, Francfort del Main, 1969, pp. 187-238 y 254 BGB.

tística, se desarrolla más claramente, con base en la responsabilidad de *nautae, caupones y stabularii*, o en la *actio de deiectis vel effusis* el principio de la responsabilidad objetiva.¹²

Se abandona generalmente la regla de que la vía testamentaria excluya la vía legítima, permitiendo la mezcla de ambas, desarrollo ya iniciado durante la primera vida en relación con testamentos especiales; además, la *hereditas ex re certa* se acerca a un legado,¹³ y, por ej. en el derecho romano-holandés, se simplifica el sistema del *ius accrescendi inter coheredes*.¹⁴

El codicilo se va equiparando paulatinamente al testamento.

La transición de la condena pecuniaria hacia la condena por la cosa misma (o al acto mismo) se lleva a cabo desde la fase clásica, pero en el *Corpus Iuris* encontramos al respecto todavía una situación ambigua;¹⁵ D.19.1.1 porque muestra que, al menos en la *actio empti* el triunfo del principio nuevo todavía no había sido total (tema que motivó una de las múltiples famosas polémicas entre Cuyacio y Donellus), y la segunda vida continúa desplazando el precario equilibrio de la condena monetaria con la condena al objeto mismo, hacia esta última.¹⁶

En algunos casos, aunque a primera vista se pudiera pensar en una continuidad de desarrollo entre la primera vida y el derecho medieval, un análisis más detallado demuestra que se trata de una coincidencia. Todos conocemos aquella "espiritualización" de la *traditio*, desde los tiempos clásicos, y no nos sorprendería que la *traditio per cartam* (en la que se anuncia el moderno título de crédito, con la característica del traslado de un derecho mediante entrega del documento) hubiera sido simplemente un próximo paso en esta evolución. Pero la investigación moderna demuestra que no existe continuidad al respecto.¹⁷

¹² Regina Ogorck, *Untersuchungen zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jh.* Colonia-Viena, 1975.

¹³ G.F. Margadant y R. Iglesias, "Hereditas ex re certa, Memoria de Jornadas Italo-mexicanas de Derecho Romano XI". *Anuario Jurídico* (1934), UNAM, pp. 357-377.

¹⁴ Vinnius, *ad Inst.* 2.20.8; Lee, *op. cit.* en nota 13, del Cap. XXX, p. 137.

¹⁵ Véase la diferencia entre las Instituciones de Gayo, 4.48 por una parte, y las Instituciones de Justiniano, 4.6.32. por otra, con C.7.4.17.

¹⁶ H. Dilcher, *Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, ZSS (1961), 277-307.

¹⁷ Harold Steinacker, "Traditio cartae und traditio per cartam: ein Kontinuitätsproblem", en *5/6 Archiv fuer Diplomatiek etc.* (1959/60), Colonia-Graz, que sólo conozco por la reseña que Wieacker escribió para ZSS (1962), pp. 448-493.

134. NUEVAS DISTINCIONES Y FORMULACIONES AJENAS A LAS FUENTES

Justiniano había entregado a la Edad Media una compilación con muchas contradicciones, y ya hemos mencionado que esto ha sido una relativa ventaja para la adaptación del derecho "romano" a nuevos ambientes prácticos. Pero también colocó a los juristas medievales y posteriores ante la tarea de armonizar, hasta donde fuera posible, las citas, a primera vista incompatibles, y esto se hizo a menudo mediante la introducción de nuevas distinciones (con lo cual se violó el principio de que "donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir"...). Lo anterior causa, en el curso de la segunda vida, una nevada de nuevas distinciones dentro de la materia iusromanista. Ejemplos:

Tratándose de la imposibilidad de cumplir, la regla lapidaria de D.50.17.185 desde luego no siempre nos sirve para dar una solución equitativa a los problemas de la práctica, y es fácil encontrar en el *Corpus Iuris* casos que contradicen esta regla (cuya validez original parece haberse limitado a la *stipulatio*). Así, la Edad Media trata de domar el monstruo de D.50.17.185 mediante distinciones entre imposibilidad física e imposibilidad jurídica. Zasius distingue entre imposibilidad absoluta y relativa; otros distinguen obligaciones primarias de secundarias, etc.; y en los esfuerzos de arreglarse mediante tales refinamientos, con el problema de un *dictum* demasiado general y fanfarrón, a menudo surgieron ideas y distinciones interesantes que luego fueron trasladadas hacia los códigos.¹⁸

También distinciones como entre *Schuld* y *Haftung*, *Erfüllungsschaden* y *Vertrauensschaden*, solidaridad y correalidad, deben su existencia al análisis del derecho justiniano durante la segunda vida, y comprobaron su utilidad como instrumentos de análisis dogmático.

Un caso especial es el de los diversos escalones en materia de *dolus*, *culpa* y *casus*. Los juristas medievales, aprovechando una terminología que a menudo encuentran en el *Corpus Iuris* (cf. la *culpa latior* de D.16.3.32) llegan a una distribución de la culpa entre cinco niveles: *culpa levissima* (desde Azo; definición clara con Acursius), *culpa levior*, *culpa levis*, *culpa latior*, *culpa latissima* (equiparada a dolo),¹⁹ escala a su vez complicada por *dolus praesumptus* (Accursius) o el dualismo de *dolus verus* y

¹⁸ Christian Wollschlaeger, *Die Entstehung der Unmoeglichkeitslehre*, Colonia-Viena, 1970.

¹⁹ Zasius subdivide la *culpa lata* en *culpa lata ignaviae* y *culpa lata versutiae* y sólo equipara esta última al dolo.

dolus praesumptus que encontramos con Bártolo, enriquecida por Baldo mediante la añadidura de un *dolus praesumptus eventualis*; el dualismo de *culpa in abstracto* (no observar la *diligentia exacta* del buen padre de familia) e *in concreto* (no quedarse en el nivel de la *diligentia quam in suis rebus* —Azo—), y la *culpa in faciendo* (*malefactum*) e *in non faciendo* (*nonfactum*, con un tratamiento más tolerante por parte de los Postglosadores). También se relaciona con este tema la discusión, desde Tartagnus, sobre las relaciones entre el *error iuris* y el *dolus*.

Otras discusiones importantes versan sobre la necesidad de una notificación para iniciarse la *mora debitoris*, a cuyo respecto el *dies interpellat pro homine* triunfa, aunque algunos autores querían tratar más benignamente al deudor que no se hubiese comprometido bajo juramento. Un problema especial es, desde luego, si en el *debitum* de la persona culpable (y, peor, de la persona que *versatur in re illicita*) debe entrar todo el valor del daño causado en realidad, o únicamente el daño hasta donde éste hubiera sido normalmente previsible, como opina Acursius; otra complicación se presenta, cuando de la culpa nace una cadena de consecuencias dañinas, previsibles o imprevisibles repentinamente agravadas por un caso fortuito. A este respecto debe tomarse en cuenta también la literatura canonista. Igualmente la extensión del *damnum emergens* hacia el *lucrum cessans*, y las discusiones sobre *interesse intra rem* y *extra rem*, *interesse commune*, *singulare* y *conventum* han dado lugar a investigaciones académicas modernas, de reconocido nivel.²⁰

En cuanto a las nuevas formulaciones pintorescas y mnemotécnicas, a menudo forjadas con fines didácticos (las *brocardae*): se conocen muchas de éstas. Frecuentemente corresponden a la esencia del derecho justiniano, sin hacer justicia, desde luego, a las matizaciones que allí tantas veces encontramos. *Nemo turpitudinem suam allegans auditur*; *dominium est ius fruendi, utendi, abutendi, etc.*, son frasecitas que todavía a menudo se usan dentro del lenguaje profesional.

135. PRESUNCIONES, AJENAS A LAS FUENTES

Los Glosadores, sobre todo, han tenido una marcada tendencia a favor de las presunciones,²¹ a menudo conectadas en forma bastante débil con

²⁰ Hermann Dilcher, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Francfort del Main, 1960; Hans-Joachim Hoffmann, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte*, Berlín, 1968.

²¹ Hans Kiefner, ZSS (1961), p. 345 nota 62.

ciertas citas del *Corpus Iuris*. Hans Kiefner²² comenta las siguientes: *Qui dominus fuit, nunc dominus esse praesumitur; qui possessor fuit adhuc possidere praesumitur; qui detinet, possidere praesumitur; qui possidet, titulum possessionis habere praesumitur; possessor dominus esse praesumitur* (una presunción probablemente debida al Placentinus), etc.

Tales presunciones a menudo invierten la carga de la prueba.

136. TEORÍAS GLOBALES EN VEZ DE CASUÍSTICA

En otras ocasiones, se observa la tendencia de formar de la casuística justinianea, teorías globales, cerradas, en las que los diversos ejemplos del *Corpus Iuris*, o cuando menos la mayor parte de ellos, encuentren un lugar natural, lógico. Recordando una vez más la distinción entre la actitud empírica o sistemática frente al derecho (Coing), en cuya dicotomía el derecho romano clásico pertenece a la rama empírica, es natural que algunas fases de la segunda vida, más inclinadas a la sistemática, hayan aportado cambios importantes al derecho romano, fijando (a veces apretando con fuerza) los casos del *Corpus Iuris* en los moldes de una sistemática, formulada posteriormente. Especialmente dos fases resultan fructíferas para la sistemática: el *Mos Gallicus*, y la zona común entre iusnaturalismo e iusromanismo, aunque en menor grado también algunos Glosadores y Postglosadores iniciaron nuevas aventuras de índole sistemática. Como las contradicciones dentro del *Corpus Iuris* a menudo no tienen explicación lógica —sólo explicación *histórica*, fuera del alcance de los juristas medievales— los Glosadores y Postglosadores frecuentemente colocan al lado de su teoría general, una lista lacónica de excepciones, sin intentar justificar éstas razonablemente. Como ejemplos de tal creación de teorías globales, mencionaremos los siguientes.

La teoría del derecho subjetivo es desarrollada por los Glosadores (desde luego, con aprovechamiento de elementos del *Corpus Iuris*) y luego especialmente por Donellus y los iusnaturalistas.²³

La institución de la persona jurídica (= moral, = colectiva) es desarrollada no por los juristas medievales, sino por los humanistas y iusnaturalistas, y luego por Savigny.²⁴

²² ZSS (1962), pp. 239-306.

²³ Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, Francfort del Main, 1962.

²⁴ H. Coing, *ibidem*.

Se crea una teoría general de los contratos, y una teoría general de la causa en sentido de motivación individual.

De la casuística justiniana, se trata de llegar a una teoría general del error en los contratos, llegando a resultados distintos, según los autores.

Se intenta elaborar una teoría diferenciada sobre la simulación, con base formal en reglas romanas respectivas, demasiado lapidarias.

Se aprovechan casos del *Digesto* para elaborar una teoría general de la necesidad (exención de toda responsabilidad por daño causado por necesidad, si uno ha llegado a una situación de emergencia sin culpa propia).

Con base débil en el *Corpus Iuris*, y bajo impulso de los canonistas, se crea la teoría de que los contratos sinalagmáticos sólo deben ejecutarse como haya sido previsto, cuando circunstancias esenciales alrededor de la celebración del contrato se hayan modificado en forma imprevisible (teoría de *rebus sic stantibus*).

Desde el comienzo del *Usus Modernus Pandectarum* se hacen intentos de combinar en una teoría general, los datos dispersos sobre la declaración unilateral. Esta teoría cristaliza finalmente en una monografía de G. Ph. v. Buelow.²⁵

137. DERECHO ROMANO ENTRE COMILLAS

También hay casos en que se conserva formalmente la bandera de derecho romano, pero por reinterpretaciones cargadas de fantasía, se presentan como ideas romanistas algunas novedades con que los clásicos o los compiladores justinianos no hubieran estado muy conformes. La literatura alemana usa al respecto, a veces, la expresión graciosa de *produktives Missverstehen* —“equivocaciones creativas”,— pero uno se pregunta si no se trata más bien del deseo preconcebido de llegar a cierto resultado, requerido por la práctica medieval —a veces medieval-germánica—, resultado que luego se justifica mediante ingeniosas interpretaciones. Ejemplos:

Aprovechando como débil punto de partida algunos inicios durante la primera vida, se crea el principio de la *exceptio non adimpleti contractus*. Los Glosadores opinan que los contratos innominados pueden anularse por incumplimiento de una parte; los nominados, en cambio,

²⁵ *Ueber die Verbindlichkeit aus der Auslobung einer Praemie*, Braunschweig, 1817. Véase también Karlheinz Drefocker, *Zur Dogmengeschichte der Auslobung*, Kiel, Dis. 1968.

no (con excepción de la compraventa en caso de proceder la *actio redhibitoria*). Pero la evolución continúa: del principio que Huguccius formula a fines del s. XII: *fides non est servanda ei qui frangit fidem*, se llega con Dumoulin a la idea de que la teoría de la causa nos obliga, lógicamente, a la anulación de todo contrato oneroso, en el caso de incumplimiento por una de las partes; y Domat termina este desarrollo declarando que el incumplimiento anula el contrato con efecto *ex tunc* (aunque siempre mediante declaración judicial).²⁶

Se crea con frases justinianas e interpretaciones muy libres, una nueva rama del derecho, relativa al conflicto de sistemas jurídicos, a cuyo respecto, después de los iusromanistas medievales, debe mencionarse en forma especial el octavo tomo del *Sistema del derecho romano actual*, de Savigny.

Después de interpretar las fuentes en el sentido de la propiedad dual que el feudalismo necesitaba para su estructuración jurídica, se crea una propiedad romana de estilo pandectístico, monolítico.

Reinterpretando la posesión romana en forma novedosa, Savigny y luego Jhering presentan ideas sobre la posesión, que triunfan en los códigos.

Con base débil en D.1.1.10.1, pero con mucha fantasía, Donellus comienza a desarrollar la teoría de los derechos de la personalidad.²⁷

Muy débilmente ligado al iusromanismo, es el contrato sucesorio, —véase C.2.3.19 (o fuera del *Corpus Iuris*, Nov.Val. 21.1.3.4.)—, todavía en vigor por ejemplo, en Austria (el ABGB lo reconoce en forma limitada, entre cónyuges, —533, 602, 1249—) y en Alemania (el BGB lo reglamenta en forma más generosa, 2278-2302). En cambio, los testamentos por mandato, frecuentes en la tradición hispana, deben verse como concesiones a la práctica, ajenas al *Corpus Iuris*.²⁸

138. AMPUTACIONES Y VOLTE FACE IRREVERSIBLES

Además, con cierta frecuencia, los comentaristas romanistas reconocieron francamente que alguna institución habría caído en desuso, y a veces el legislador —ya antes de las grandes codificaciones— modificó, derogó o abrogó instituciones romano-bizantinas en forma irreversible, definitiva.

Después de ajustar las normas justinianas sobre la esclavitud a la ser-

²⁶ J. A. Ankum, *De voorouders van een boze fee*, Zwolle, 1964.

²⁷ G. F. Margadant, *Het Testeermandaat in de spaanse rechstraditie*, Satara Feenstra, Friburgo (Suiza), (1985).

²⁸ Dieter Leuze, *Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im XIX Jh.*, Bielefeld, 1962.

vidumbre feudal medieval y a veces a condiciones socio-jurídicas de colonias de ultramar, la esclavitud fue abolida, generalmente ya desde antes de las codificaciones.

El *SC Vellajanum* cae en desuso o es abrogado expresamente.

Se abandona el principio romano —no compatible con la práctica feudal— de que *servitus in faciendo consistere nequit*.

Se abandona el principio de C.4.65.9 (el comprador tiene preferencia sobre el arrendatario), por ejemplo, en el derecho romano-holandés.²⁹

Se suaviza el duro tratamiento dado al mandatario (en el derecho justinianeo, aunque no derivara ventaja propia del mandato —como era la regla general— de todos modos respondía de la *culpa leve*).

Se elimina la responsabilidad patrimonial del juez que *per imperitiam* haya dictado una sentencia torpe.³⁰

Se traslada el *furtum* de los delitos privados (donde sólo producía obligaciones de indemnización y pago de multas privadas) hacia la categoría de los *crimina*. A este respecto, la iniciativa probablemente ha correspondido al derecho *canónico* (cf. *Compilatio prima*, una de las etapas preparatorias para las Decretales).

La cuarta falcidiana y la trebeliánica generalmente alcanzaron la fase de la codificación, pero no entraron en los códigos. En Sudáfrica fueron eliminadas todavía durante la segunda vida.

Dándole primero —en tiempos medievales— una extensión ilimitada a través de las generaciones, luego —a raíz de la Revolución Francesa— se elimina el fideicomiso vinculatorio, que Justiniano había permitido hasta por cuatro generaciones.

139. MODIFICACIONES TÉCNICAS A SOLUCIONES JUSTINIANEAS

Aquí se trata de modificaciones —generalmente correcciones— que confirman resultados prácticos, ya propuestos por el *Corpus Iuris*, pero ahora alcanzados en forma más elegante y eficaz. Por ejemplo:

Imaginémonos un acto que hubiera sido una traslación de dominio si el trasmittente hubiese tenido tal dominio en el momento del acto, pero que, por falta de tal dominio, resulta formalmente inválido, e imaginémonos además que aquel trasmittente, después de aquel acto, adquiera

²⁹ R. W. Lee, "Modernus Usus Iuris Civilis", *Tulane Law Review*, 1947, p. 163.

³⁰ Véase, por ejemplo, S. Groenewegen v. d. Made, *De legibus abrogatis*, Leiden, 1649, *ad Inst.* 4.5.pr.; Lee, *op. cit.* nota 14 del Cap. XXX, p. 139.

este dominio, y que quiera aprovechar la invalidez original para reclamar el objeto. Obviamente, tenemos que obstaculizar tal *venire contra factum proprium*, y D. 21.3.1. o D. 21.2.17 permiten al adquirente una *exceptio (rei venditae et traditae)*, o, subsidiariamente, una *exceptio doli*, de manera que *ope exceptionis* se convalida el acto de traslado. Durante la segunda vida, desde los romanistas medievales, se mejora la posición del adquirente mediante la teoría de que automáticamente se convalida el acto original de traslado por el hecho de que el trasmiteante haya adquirido posteriormente el dominio.³¹

140. INNOVACIONES EN NIVEL ACADÉMICO PURO

a) CRÍTICA DEL TEXTO TRADICIONAL DEL *Corpus Iuris*

Desde fines del siglo xv se observa la preocupación por la elaboración de ediciones críticas del *Corpus Iuris*, en varios puntos inclusive mejores que la *Florentina*, con el ideal de producir un *Digesto* “que Triboniano c.s. hubieran compilado en caso de que hubiesen procedido más cuidadosamente” (Troje).

b) CRÍTICA DE LAS SISTEMÁTICAS QUE HALLAMOS EN EL *Corpus Iuris*

Se sustituyen las diversas sistemáticas que observamos en el *Digesto*, el *Codex* y las *Instituciones*, por varios nuevos sistemas, en los que el iusromanismo y el iusnaturalismo se compenetran.

c) VISIÓN HISTÓRICA

Sintiendo el deseo de ver el derecho romano en su desarrollo, se inicia —dentro del *Mos Gallicus*— la busca de interpolaciones, con lo cual, en plena segunda vida, ya se ponen las semillas para una de las importantes ramas de la tercera vida, y, en vista de esta misma tendencia de reconstruir una perspectiva histórica, también durante el Renacimiento, se amplía la base de la investigación iusromanista desde el mero *Corpus Iuris* hacia otras fuentes, inclusive fuentes no-jurídicas.

d) IDENTIFICACIÓN DEL IUSROMANISMO CON IUSPRIVATISMO

Se traslada el acento del iusromanismo hacia el derecho privado, al lado del cual el derecho público y el penal pierden cada vez más su

³¹ Para el camino en zig-zag hacia este resultado, véase F. Ranieri, *Allenatio conualescū*, Milán, 1974.

contacto con el *Corpus Iuris* (aunque v. d. Keesel, en vísperas del Código Penal holandés, y una generación después de Beccaria, todavía da clases sobre el derecho penal romano). Y dentro del derecho privado, se permite una penetración del derecho canónico, sobre todo en la institución del matrimonio, que se aleja del derecho romano, inclusive en tratados de autores que se consideran básicamente como romanistas.

e) NUEVA ACTITUD PARA CON LO PROCESAL

Se forma con materiales iusromanistas, canónicos y autóctonos un panorama de sistemas procesales que en la literatura y en la enseñanza conquistan cada vez más autonomía, perdiendo mucho de su contacto inicial con el iusromanismo de la segunda vida, y luego, ya a fines de la segunda vida, se reinterpreta la *actio* en una forma que justifica su traslado desde el derecho privado al derecho público (la discusión entre Windscheid y Theodor Muther).³²

Además de estos cambios —y, repito, no se trata de un catálogo aproximadamente completo—, una vez que la segunda vida había transmitido a la corriente de legislación y codificación lo más valioso de su contenido, el legislador ha cambiado o eliminado varios elementos iusromanistas que ya habían entrado en las codificaciones (pensemos, en México, en la eliminación de la *portio legitima*, del control sobre los ingresos del pródigo y de la *in integrum restitutio*, en 1884, o, en México y en tantos otros países, la abrogación de las limitaciones a la capacidad de la mujer en materia de fianzas). Pero esto pertenece a la historia del derecho codificado, ya no a la segunda vida del derecho romano.

³² 1826-1878, catedrático en Rostock; catedrático y magistrado en Jena; su obra respectiva es *Zur Lehre von der roem.actio, dem heutigen Klagerescht, der Litiskontestation und der Singularzession in Obligationen*, 1857; S.-L. III.770/2. Existe una traducción italiana de esta discusión, con prólogo por Pugliese: *Polemica intorno all'actio*, Florencia, 1954.